

## ***INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 93, INC. III, E 94 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - A EXPRESSÃO “CLASSE DE ORIGEM” PARA PROMOÇÃO - OPINIÃO LEGAL***

---

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**

*Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi  
Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional.*

### **CONSULTA**

Consulta-me a Ordem dos Advogados do Brasil - seccional do Rio Grande do Sul por seu ilustre Presidente, Dr. Renato da Costa Figueira, sobre o seguinte:

*Nos Tribunais onde haja vaga ímpar do quinto constitucional há duas hipóteses para o preenchimento:*

*a) alternância a cada aposentadoria ou outro motivo de afastamento do juiz: a razão estaria no cargo?*

*b) alternância somente a cada nova vaga ímpar: a questão estaria na vaga que não é do juiz e sim da instituição (OAB/MP) e esta não se aposenta?*

*Visa a presente colher de Vossa Excelência parecer sobre a matéria, com a finalidade de ingressar com ação competente contra o Tribunal de Justiça do RS, que promoveu Juiz de Alçada oriundo do MP, para ocupar vaga de Desembargador da OAB, em virtude de aposentadoria.*

## RESPOSTA

Em face da urgência, não responderei às questões como parecer, mas em forma de singela opinião legal<sup>1</sup>.

Reza o art. 94 da Constituição Federal que:

*Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de 10 anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.*

*Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista triplíce, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos 20 dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.*

Por outro lado, determina o art. 93, inc. III, que:

*Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:... III. O acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção*

---

<sup>1</sup> Celso Ribeiro Bastos interpreta o art. 94, dizendo: "Na nossa opinião, a melhor inteligência é efetivamente a que prevê a passagem dos ex-advogados e membros do Ministério Público pelo Tribunal de Alçada, de onde seriam promovidos para o Tribunal de Justiça, na medida em que surjam vagas para essas categorias. Na verdade, embora desde o início eles exerçam as funções dos demais magistrados em igualdade de circunstâncias, a origem deles é algo que os particulariza definitivamente. O objetivo constitucional é atingido perfeitamente dessa maneira, qual seja, a de que aqueles que foram guindados ao Tribunal de Alçada passem a integrar posteriormente o Tribunal de Justiça. Com isso, evita-se que alguns sejam designados diretamente para o Tribunal de Justiça, enquanto outros sejam designados primeiramente para o Tribunal de Alçada para, um dia, poderem ser promovidos na condição de magistrados, ao Tribunal de Justiça. Isso levaria a um a distorção porque, no fundo, o Tribunal de Alçada acabaria por deter nos seus quadros mais do que o quinto desejado pela Constituição" (grifos meus) (*Comentários à Constituição do Brasil*, 4º vol., Tomo III, Ed. Saraiva, 1997, p. 60).

*para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inc. II e a classe de origem.*<sup>2</sup>

Em torno dos dois dispositivos, centrarei a resposta, na medida em que a lei da organização da Magistratura, recepcionada pela Constituição Federal, tem seu art. 100, fundamentado no 93, inc. III, do texto constitucional, exceção feita ao § 2º.<sup>3</sup>

Como se percebe, a regra geral é determinada pelo art. 94, que regulamenta o quinto constitucional. Estabelece que 20% das vagas dos Tribunais Superiores serão preenchidas por membros do Ministério Público e da Advocacia, tendo a Lei Complementar nº 35/97 sido apenas em parte recepcionada, ao determinar a alternância nas indicações, sempre que o número de vagas fosse ímpar (art. 10º, § 2º).

Nos Estados que possuem Tribunais de Alçada, entendeu, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, que o quinto constitucional deveria prevalecer para os Tribunais de Justiça e de Alçada, tendo proposto ações diretas de inconstitucionalidade nºs 27, 29 e 813-7, pleiteando o ingresso direto nos Tribunais de Justiça, de advogados e membros do Ministério Público, à luz do disposto no art. 94, visto que a dicção constitucional claramente fala que um quinto dos lugares dos Tribunais de Estados serão preenchidos por *advogados e membros do Ministério Público*.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece: Classe de origem. Esta norma faz claro que a antiguidade e o merecimento para promoção do Tribunal de Alçada para o Tribunal de Justiça se computa separadamente para cada classe de origem: a dos juizes de correira, a do Ministério Público e a dos advogados (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 2, Ed. Saraiva, p. 195).

<sup>3</sup> O § 2º do art. 100 da L.C. nº 35 está assim redigido: *Nos Tribunais em que for ímpar o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma unidade*. Este dispositivo, a meu ver, não foi recepcionado à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do art. 93, inc. III, da Constituição Federal.

<sup>4</sup> Na ADIN nº 813-7/92, o Conselho Federal da OAB relata os argumentos dos que eram contrários à referida inteligência, dizendo: *Os que pretendem justificar o critério adotado no § 3º, do art. 63, da Constituição do Estado de São Paulo, invocam o inc. III do art. 93 da Constituição Federal*.

Ora, a promoção de um juiz do Tribunal de Alçada para o Tribunal de Justiça é promoção de juiz e não de advogado ou membro do Ministério Público, razão pela qual houve por bem a OAB sustentar, nas três ações, que a composição direta de um quinto dos referidos Tribunais deveria dar-se por juízes provenientes da advocacia ou do Ministério Público.

Muito embora tenham as duas primeiras ações sido providas por 7 votos a 4, assegurando embargos infringentes, na última, o Supremo Tribunal Federal, também por 7 a 4, alterou sua posição, entendendo que, nada obstante o advogado ou membro do Ministério Público, quando ingresse na Magistratura, deixe de ser advogado ou promotor para ser juiz, sua promoção deve respeitar a classe de origem.<sup>5</sup>

---

Este ao dispor sobre o Estatuto da magistratura, teria estabelecido que, no acesso aos Tribunais de Justiça, quando houver Tribunal de Alçada, a escolha far-se-ia *de acordo com o inc. II e a classe de origem*.

Nessa expressão *classe de origem* vêm a entronização da carreira do quinto constitucional, porque, em seu entender, os juízes dos Tribunais de Alçada oriundos do Ministério Público ou da Advocacia guardariam suas origens no preenchimento de vagas reservadas às suas classe no Tribunal de Justiça, para o qual seriam, dessa forma, promovidos.

Abrem, portanto, à disposição cogente no art. 94, a exceção que estaria prevista no final do inc. III do art. 93, quando nos Estados houver Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada.

*A prevalecer o entendimento dado o inc. III do art. 93, quando da escolha para integrar o Quinto dos Tribunais de Justiça, seriam selecionados juízes dos Tribunais de Alçada para eles nomeados com origem no Ministério Público e na Advocacia.*

*Tais juízes guardariam, assim, a qualificação originária, que não teriam perdido, embora, quando nomeados para o Tribunal de Alçada, houvessem se exonerado do Ministério Público ou cancelado suas inscrições na ordem dos Advogados do Brasil.* (grifos meus).

<sup>5</sup> O Ministro Carlos Mário Velloso, relator da ADIN, esclarece sua posição: E, conforme vimos de ver, magistratura de carreira é aquela que deflui do disposto no inc. I do art. 93: Magistrado de carreira é o que presta concurso público de provas e títulos e é nomeado, inicialmente, para o cargo de juiz substituto.

*E há os classistas, do quinto - classistas porque oriundos da classe dos advogados e do Ministério Público - que não são de carreira, porque não ingressaram na forma estabelecida no inc. I do art. 93, cuja classe de origem deve ser observada, determina a Lei Maior.*

Observada a classe de origem, conforme determina a Constituição, na promoção, segue-se que uns (da carreira) não disputam com os outros (classistas). A disputa dar-se-á com observância da classe de origem, assim na faixa própria.

Não se nega, evidentemente, que os juízes do quinto, classistas - classistas, relembre-se, porque oriundos da classe dos advogados e da classe do Ministério Público - são magistrados a partir do momento em que ingressam no Tribunal. Isto é claro. Não passam eles, entretanto, a partir daí, a ser considerados magistrados de carreira, porque, segundo a Constituição, magistrado de carreira é aquele que ingressa na magistratura na forma estabelecida no art. 93, I, vale dizer,

Ao alterar sua jurisprudência, o Tribunal fixou o entendimento de que o juiz que vem dos quadros da advocacia ou do Ministério Público, não perde sua origem, razão pela qual são juízes-advogados ou juízes-promotores, para fins de promoção.

Dissentiram dos vencedores, os eminentes Ministros Francisco Rezek, José Celso de Mello, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence, tendo, inclusive, o Ministro Moreira Alves criticado severamente a alteração do entendimento, em poucos meses, perante o Plenário repleto de magistrados e de quase todos os presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados onde há Tribunais de Alçada.<sup>6</sup>

Em minha sustentação oral, apoiada pelo Procurador Geral da República em sua manifestação, alertei para o risco que uma alteração de jurisprudência, em poucos meses, implicaria, nível de segurança jurídica, posto que, para a sociedade, as decisões do Supremo Tribunal (mesmo quando erra) geram a segurança e a certeza do Direito.<sup>7</sup>

---

nomeado para o cargo inicial de juiz substituto, após aprovação em concurso público de provas e títulos.

Isto posto, estou em que a segunda hipótese é a desejada pela Constituição: os juízes do quinto do Tribunal de Alçada serão promovidos ao Tribunal de Justiça, *por antiguidade e merecimento, conservada, entretanto, a condição advinda da classe de origem.* (grifos meus).

<sup>6</sup> O Senhor Ministro Moreira Alves: - Sr. Presidente, já se declarou neste Tribunal que era inconstitucional esse acesso, e, por essa razão a, se desconstituíram nomeações de desembargadores, e, agora, não passado muito tempo, o Tribunal, sem mudar sua composição, se encaminha em sentido contrário. *Não decorreu sequer espaço temporal para que se pretenda que a mudança de orientação decorre de interpretação evolutiva.*

Não vejo qualquer fundamento capaz de alterar a posição que a respeito dessa questão sempre mantive nesta Corte, quer sob o império da ordem constitucional anterior, quer na vigência da atual Constituição. (grifos meus).

<sup>7</sup> O Ministro Carlos Mário Velloso contestou meus argumentos, com elegância, dizendo: Sr. Presidente, tenho voto escrito, mas antes de lê-lo, gostaria de dizer duas palavras em torno das brilhantes sustentações orais que foram feitas, principalmente em torno da magnífica sustentação produzida pelo eminente advogado do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, autor da ação, o Professor Ives Gandra da Silva Martins.

Começo por dizer, Senhores Ministros, que, em linha de princípio, estou inteiramente de acordo com as palavras pronunciadas, na tribuna, pelo eminente Professor Ives Gandra.

*Na verdade, a segurança jurídica está, sobretudo, no direito proclamado pelos Tribunais, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Isto é marcadamente verdadeiro em países onde há, na verdade, segurança jurídica e onde há Poder Judiciário na sua expressão perfeita, na sua exata expressão de poder. Refiro-me, especialmente, aos Estados Unidos da América, que tem o Poder Judiciário mais forte do mundo, o tribunal mais poderoso do mundo, que é a Suprema Corte.*

Em outras palavras, ressaltei o fato de que se a Corte Maior do País alterasse jurisprudência, conformada em duas ações diretas de inconstitucionalidade, alguns meses depois de a ter firmado, traria intranquilidade a todos os que militam na área e à própria sociedade, criando incertezas de como agiria o Pretório Excelso nos próximos julgamentos nesta e noutras matérias.<sup>8</sup>

Todos os Ministros foram obrigados a enfrentar o tema, que serviu de fundamento para os votos dos ministros vencidos, mas preferiram mudar a orientação à luz do disposto no art. 93, inc. III.<sup>9</sup>

Entenderam os eminentes julgadores que a expressão *classe de origem* estende-se às três classes (magistratura, advocacia e Ministério Público), de tal maneira que as vagas dos Tribunais de Justiça apenas podem ser preenchidas por juizes dos Tribunais de Alçada, respeitadas as classes de origem.

---

É que o Judiciário determina, bem registra o saudoso Amílcar de Castro, que foi meu mestre na Universidade de Minas, o critério por que o fato deva ser apreciado, dado que o juiz dita o direito aplicável ao caso concreto; e, portanto, para os interessados, praticamente, o direito vem a ser aquilo que diz o juiz ser direito, uma vez que só vale o direito oficialmente acertado (Amílcar de Castro, *Direito Internacional Privado*, Forense, 1956, p. 22-23). Oliver Holmes, que foi dos maiores juizes da Suprema Corte americana, citado por Walter Wheeler Cook (*The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, p. 30-31), afirmou que o direito subjetivo é a previsão do que seja a decisão de um tribunal num caso dado.

Desejo registrar, entretanto, Sr. Presidente, que há temas, há questões em que a segurança jurídica não está em manter servilmente um entendimento tomado anteriormente, mas, ao contrário, está justamente no seu reexame, em debatê-lo de novo. (grifos meus).

<sup>8</sup> O Ministro José Néri observou sobre o mesmo tema que: Entendo, entretanto, que há um aspecto de relevo a destacar, tendo em conta a observação que fez da tribuna o ilustre advogado, Professor Ives Gandra da Silva Martins. Em verdade, não obstante os minuciosos pronunciamentos deduzidos nesta Corte no julgamento das Ações Diretas de inconstitucionalidade n's 27 e 29, a compreensão da orientação adotada não se fez, de forma plena, em virtude da posição decorrente do voto do eminente Ministro Marco Aurélio (grifos meus).

<sup>9</sup> O Ministro José Celso de Mello assim se manifestou: Não se pode desconhecer que a experiência decorrente da atividade jurisprudencial das Cortes judiciais, embora não sendo estática e nem imobilizante - especialmente dentro de um sistema jurídico que não consagra a doutrina do *stare decisis* -, deve revestir-se do necessário grau de estabilidade, em ordem a não gerar, no âmbito das formações sociais, quaisquer incertezas ou controvérsias na interpretação do sistema de direito positivo do Estado. A estabilidade das decisões judiciais, notadamente daquelas emanadas do Supremo Tribunal Federal, tem, na observância criteriosa dos precedentes judiciais, um relevantíssimo fator de preservação da certeza e da segurança jurídicas, como ressalta, em sua clássica obra *The Nature of the Judicial Process*, o Justice da Suprema Corte americana, Benjamin Nathan Cardozo. (grifos meus).

Desta forma, vaga de desembargador-juiz só pode ser preenchida por juízes de Alçada vindos da Magistratura, nos termos do inc. II; vaga de desembargador - advogado ou membro do Ministério Público - só pode ser preenchida por juiz oriundo da advocacia ou do Ministério Público.<sup>10</sup>

Por esta linha de raciocínio - hoje consagrada pela Suprema Corte, que veio a reformar o entendimento das ADINs 27 e 29 (Rio Grande do Sul e Paraná) para uniformizar, com o entendimento da ADIN 813-7 de São Paulo, os dois dispositivos que devem ser interpretados conjuntamente - exige-se que o quinto constitucional seja respeitado, na formação dos Tribunais de Alçada, com alternância entre advogados e membros do Ministério Público, se ímpar as vagas, e que apenas saiam para os Tribunais de Justiça os juízes oriundos de cada classe, na abertura da vaga da respectiva classe de origem.

É esta a nítida interpretação que prevalece na Suprema Corte e que aqui de forma perfunctória reproduzi.<sup>11</sup>

Ora, pela conformação dada pela Suprema Corte aos dois dispositivos, é de se entender, pois, que as vagas nos Tribunais de Justiça pertençam à classe de origem dos desembargadores que se afastam por aposentadoria ou outro motivo, razão pela qual, se houver vaga de desembargador vindo do Ministério Público, esta

---

<sup>10</sup> O Ministro Paulo Brossard assim se manifestou: Os assentos questionados estabeleceram que, como os juízes de carreira, que ascendem ao Tribunal de Justiça por promoção, ao mesmo Tribunal podem ascender os juízes estranhos à carreira, recrutados entre agentes do Ministério Público e advogados; dada sua origem e formação, dado o critério e finalidade por que foram escolhidos para a Alçada, a promoção somente poderia dar-se nas vagas correspondentes no Tribunal de Justiça, advogado na vaga de advogado, promotor na vaga de promotor, abrindo no alçada, por sua vez, lugares que somente por novos representantes das respectivas categorias poderiam ser preenchidos; reservando 1/5 a juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público, ficam intangíveis os 4/5 destinados aos juízes de carreira. (grifos meus).

<sup>11</sup> O Ministro Marco Aurélio votou como se segue: Saliento que o faço muito tranqüilamente, porque o que se continha no § 4º do art. 100 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional foi substituído pela cláusula - inc. III do art. 93 da Carta de 1988 - que preserva o direito dos integrantes da carreira. O preceito do § 4º aludido foi alvo de substituição pela norma constitucional indicadora do preenchimento das vagas no Tribunal de Justiça observada a classe de origem. Esta óptica deságua em um tratamento igualitário, evitando-se que haja a variação no preenchimento de vagas, conforme exista, ou não, no Estado, de Tribunais de Alçada. Homenageio o princípio federativo. (grifos meus).

será preenchida por um juiz vindo do Ministério Público e se da advocacia, por juiz vindo da classe dos advogados.

À evidência, a solução adotada pela Suprema Corte, de restringir o acesso direto de advogados e membros do Ministério Público aos Tribunais de Justiça com número ímpar de vagas para o quinto constitucional, pode gerar distorção nos Estados onde haja Tribunais de Alçada, com alternância nestes Tribunais, mas sem possibilidade de sua adoção nos Tribunais de Justiça. A interpretação, todavia, ofertada pela Suprema Corte, não deixa dúvidas de que a classe de origem é que determina a indicação para o Tribunal de Justiça. Desta forma, os desembargadores que foram advogados serão substituídos por juízes oriundos da advocacia, os desembargadores que foram magistrados, por juízes oriundos da magistratura e os desembargadores que foram membros do Ministério Público, por juízes oriundos do Ministério Público.

Classe de origem é a classe de categoria a que pertencia o juiz de alçada, antes de sê-lo, e só pode assumir vaga de desembargador aquele juiz de alçada que pertencer à classe de origem do desembargador afastado.<sup>12</sup>

Para o ingresso de advogados e membros do Ministério Público nos Tribunais de Justiça dos Estados onde não haja Tribunais de Alçada, prevalece o critério do art. 94 e para os Estados que possuam os dois Tribunais, os dois critérios (ingresso nos Tribunais de Alçada pelo art. 94 e no Tribunal de Justiça pelo 93 inc. III).

As duas questões formuladas, portanto, estão contidas na resposta que ofertei, concluindo que a vaga de desembargadores oriundo da classe dos advogados, em virtude de aposentadoria, só poderá ser preenchida por juiz de Alçada vindo da classe de origem, que é a classe dos advogados, com o que o Tribunal de

---

<sup>12</sup> Pinto Ferreira esclarece: *Quer-se dizer: se a vaga no Tribunal de Justiça decorreu de aposentadoria do quinto dos advogados ou do Ministério Público, deve ser preenchida com procuradores ou membros do Tribunal de Alçada do quinto do Ministério Público ou advogados, dependendo da classe de origem* (grifos meus). (Comentários à Constituição Brasileira, 4º v., Ed. Saraiva, 1992, p. 10).



Justiça do RS não poderia ter promovido juiz oriundo do Ministério Público para preencher vaga, cuja classe de origem era a advocacia.

Não me parece que o colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tenha decidido de acordo com a interpretação dominante na Suprema Corte, que valoriza, para os efeitos das promoções, a classe de origem, de acordo com o art. 93 inc. III da Constituição Federal.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Wolgran Junqueira Ferreira, ao comentar o art. 93, inc. III, declara: Para a promoção para os Tribunais de Segundo Grau (Tribunal de Justiça) o critério também é o de antiguidade e merecimento, alternadamente.

*Este critério é apurado na última entrância se não houver Tribunal de Alçada, devendo-se observar os requisitos das alíneas constantes no inc. II a classe de origem, isto é, se a vaga no Tribunal de Justiça decorreu de aposentadoria do quinto dos advogados ou do Ministério Público, há que se preenchê-la com procuradores ou membros do Tribunal de Alçada do quinto do Ministério Público ou de advogados, dependendo a classe de origem (grifos meus) (Comentários à Constituição de 1988, v. 2, Julex Livros, 1989, p. 701).*